

Las estructuras de los conflictos asimétricos

Robin Geiss*

Robin Geiss, Ph.D., LL.M (Universidad de Nueva York) trabaja actualmente con el profesor Meinard Hilf como investigador becado en la Facultad de Derecho Bucerius (Hamburgo).

Resumen

La disparidad significativa entre los beligerantes, es decir, la desigualdad de armamentos, es uno de los rasgos más destacados de varios conflictos armados contemporáneos. Estas asimetrías, aunque no son en absoluto un fenómeno nuevo en el ámbito de la guerra, ya no constituyen una incidencia ocasional de determinadas batallas, sino que son una característica estructural de la guerra moderna. Las estructuras bélicas asimétricas tienen repercusiones en la aplicación de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario. ¿Cómo puede conciliarse, por ejemplo, el concepto de necesidad militar, que sirve normalmente para justificar el grado de fuerza necesario para obtener la derrota militar del enemigo, con una situación en la que una parte en el conflicto carece, desde el comienzo, de toda posibilidad de triunfar por las armas? Es más, los desequilibrios militares de esta magnitud alientan obviamente a la parte desaventajada a compensar su inferioridad eludiendo las normas de la guerra aceptadas. En el presente artículo, se lleva a cabo un primer intento de evaluar las repercusiones que esta situación podría tener en el principio de la reciprocidad, especialmente el riesgo de que se suscite una dinámica desestabilizadora de reciprocidad negativa que, en última instancia, conduciría a la intensificación gradual de la mutua inobservancia del derecho internacional humanitario.

.....

* Partes de este artículo se utilizaron en una intervención en la Segunda Conferencia Bienal de la Sociedad Europea de Derecho Internacional, celebrada en París del 18 al 20 de mayo de 2006. Especial agradecimiento merece Nicki Boldt por sus útiles comentarios.

Introducción

Debido a que ya sólo queda una superpotencia en el mundo y, en términos generales, a la considerable brecha tecnológica existente entre los beligerantes, y que previsiblemente no cesará de ensancharse, el desequilibrio de la capacidad militar de las partes contendientes se ha convertido en un rasgo característico de los conflictos armados contemporáneos. Si se agrega a ello la creciente participación de entidades no estatales, la disparidad entre los beligerantes aumenta sin cesar y varios conflictos armados contemporáneos son estructuralmente cada vez más asimétricos. A diferencia de la concepción geoestratégica que imperó durante la guerra fría, el hecho de que la superioridad militar puede acentuar en realidad la amenaza de ataques nucleares, biológicos, químicos y, en general, de ataques que empleen la perfidia, constituye una paradoja ampliamente percibida del actual entorno estratégico. En efecto, en algunos conflictos recientes, en los que la parte más débil buscaba obtener una ventaja comparativa frente a un enemigo militarmente superior, asistimos a la reaparición de prácticas prohibidas desde hace tiempo en los conflictos armados, como son los ataques directos contra personas civiles, la toma de rehenes y el uso de escudos humanos, y a la utilización de esas prácticas como estrategia¹. El terrorismo internacional, aunque no se desarrolle forzosamente en el marco de un conflicto armado que dé lugar a la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH), suele considerarse como el epítome de la asimetría. Al mismo tiempo, en el otro extremo del espectro, las partes militarmente superiores han recurrido a ataques indiscriminados, a entregas de prisioneros y prácticas de interrogación ilegales, así como a prácticas legalmente dudosas, como asesinatos selectivos u operaciones encubiertas difíciles de investigar, todo ello para combatir a un enemigo a menudo amorfo².

La desigualdad significativa de armamentos, o sea, la distribución desigual de la fuerza militar y de la capacidad tecnológica en un conflicto dado, parece alentar a los adversarios a recurrir a medios y métodos de guerra que socavan e infringen a veces, de modo flagrante, normas del DIH aceptadas desde hace mucho tiempo. La guerra entre la coalición encabezada por Estados Unidos e Irak o la guerra de Afganistán son claros ejemplos de ello. Esta tendencia se refuerza si los beligerantes son de naturaleza distinta, como en el reciente conflicto entre Israel y Hezbolá (el “Partido de Dios”), la milicia islámica y organización política chií con base en Líbano, o si las asimetrías efectivas van asociadas a una asimetría jurídica, es decir, cuando a una de las partes se le reconoce poca o ninguna categoría jurídica.

Es verdad que raras veces se ha dado una simetría perfecta en la guerra. Sin embargo, las modalidades de incumplimiento que se observan en diversos conflictos contemporáneos parecen más estructuradas y sistemáticas que antes. En el presente estudio, se intenta en primer lugar verificar esta hipótesis, examinando

1 Por otra parte, el derecho internacional humanitario no prohíbe los ataques suicidas *per se*.

2 En general, con respecto a la guerra asimétrica vista desde la perspectiva del DIH, v. Toni Pfanner, “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitarios”, *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, N.º 857, marzo de 2005, en www.icr.org. V. también Colin S. Gray, quien señala que “casi invariablemente, la guerra irregular impulsa al beligerante regular a comportarse como un terrorista”, en *Another Bloody Century: Future Warfare*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 2005, p. 223.

si las asimetrías de hecho y posiblemente las jurídicas alientan realmente el incumplimiento de las disposiciones del DIH y, en caso afirmativo, analizando las diferencias entre los rasgos característicos de los conflictos contemporáneos y los de los conflictos anteriores que también presentaban asimetrías visibles. En una segunda etapa, se estudian más de cerca las pautas concretas del incumplimiento en escenarios asimétricos, particularmente a la luz de la interacción entre el principio de distinción y el de proporcionalidad.

Hasta ahora, no se han formulado definiciones concordantes de la “guerra asimétrica” ni de las expresiones “guerra de la cuarta generación” o “guerra no lineal”, a veces empleadas como sinónimos de la primera³. No es el objetivo del presente estudio aventurarse en este terreno tal vez impenetrable. Sin embargo, los análisis demuestran que, en los conflictos contemporáneos, existe una evidente tendencia a una creciente desigualdad militar entre los beligerantes al nivel de las armas utilizadas. Aunque se trate de un fenómeno conocido desde hace tiempo en los conflictos armados no internacionales, aún prosiguen las evaluaciones de los efectos de la disparidad militar en los conflictos bélicos internacionales, así como los debates sobre la medida en que los conflictos transnacionales en los que participan Estados y entidades no estatales deben someterse a las leyes de la guerra⁴.

A fin de abordar este debate desde un ángulo ligeramente distinto, el objetivo general del presente estudio es determinar las repercusiones a largo plazo que las estructuras de los conflictos asimétricos pueden tener en los principios fundamentales del DIH y evaluar así provisionalmente el grado de asimetría —esto es, el nivel de disparidad militar entre los beligerantes— que todavía puede conciliarse con el régimen jurídico aplicable en tiempo de guerra⁵.

- 3 V. en general, Herfried Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2006; Thazha Varkey Paul, *Asymmetric Conflicts: War Initiation by Weaker Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou, *Al Qaeda's Non-Linear War: Paradigm Shifts in Conflict and Law*, en http://www.iued.ch/information/conferences/pdf/conf_2005.11.3_alqaeda.pdf (última consulta el 10 de agosto de 2006). V. también Paul L. DeVito, “Terrorism as asymmetrical warfare is still war”, *Officer*, vol. 78, n.º 6, julio-agosto de 2002, pp. 33–35. En el pasado, la expresión “guerra asimétrica” se consideraba, las más de las veces, como sinónimo de guerra de guerrillas; v. Josef Schröfl y otros (dirs.), *Aspekte der Asymmetrie: Reflexionen über ein gesellschafts- und sicherheitspolitisches Phänomen*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- 4 Acerca del elemento de la transnacionalidad, v. v. g., Fred Schreier, “Transnational terrorism: The newest mutation in the forms of warfare”, en Theodor Winkler y otros, *Combating Terrorism and its Implications for the Security Sector*, Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas y el Colegio Sueco de Defensa Nacional, Ginebra y Estocolmo, 2005, p. 46. Por lo que respecta a diferentes propuestas, v. “Transnationality, war and the law, A report on a Roundtable on the Transformation of Warfare, International Law, and the Role of Transnational Armed Groups”, abril de 2006, en http://www.hpcr.org/pdfs/HPCR_-_Transnationality_Roundtable_-_April_2006.pdf (última consulta en agosto de 2006).
- 5 El principio de distinción, la noción de necesidad militar y el principio de proporcionalidad son aplicables independientemente de si un conflicto es de índole internacional o no internacional; Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, *Rules*, CICR y Cambridge University Press, Cambridge, 2005. V. las reglas 7–14. Por ende, cualquiera que sea el régimen que se aplique a una posible nueva categoría de conflictos armados transnacionales, las conclusiones que siguen, relativas a las repercusiones que las estructuras de los conflictos asimétricos pueden tener en esos principios fundamentales, siguen siendo válidas.

Para ello, en la tercera fase del estudio, se sopesa el concepto tradicional de necesidad militar establecido en el Código de Lieber de 1863 en relación con las necesidades que se invocan en los conflictos asimétricos de nuestro tiempo. Aunque los conceptos y principios fundamentales de las leyes de la guerra se formularon como mecanismos profilácticos lo suficientemente flexibles para que perduraran a pesar de los cambios en la forma de librar la guerra, en el presente artículo se afirma que el concepto de necesidad militar y el principio de distinción presuponen un mínimo grado de simetría, por lo cual no pueden aplicarse —contrariamente a lo que ocurre con las normas referentes a los derechos humanos— en contextos subordinativos, como es habitualmente el caso en la lucha contra el terrorismo internacional.

La cuarta y última parte del análisis se desarrolla desde el punto de vista del principio de reciprocidad. A medida que, en numerosos conflictos armados actuales, se acentúa la desigualdad militar de los beligerantes, se va socavando gradualmente la influencia niveladora de la reciprocidad, que va aparejada a la tradicional guerra simétrica⁶. Si bien es cierto que los efectos disuasivos del sistema del derecho penal internacional, cada vez más eficaz, de la cobertura mediática y de la opinión pública —aunque estos dos últimos factores son ambivalentes y podrían también utilizarse para el fin contrario— ayudan quizás a limitar las infracciones de las normas durante la guerra, el DIH podría quedar al mismo tiempo privado de sus mecanismos reguladores propios, que tradicionalmente se aplicaban en la misma zona de lucha. La dinámica desestabilizadora de la reciprocidad podría ocasionar una erosión gradual y quizá insidiosa del ámbito protector de los principios básicos del DIH. Es probable que las reiteradas violaciones del principio de distinción, por ejemplo, cometidas por una de las partes en un conflicto indujeran a la otra parte a ampliar su percepción de la necesidad militar y, por ende, de lo que es proporcional en los combates entablados contra ese enemigo. En última instancia, y reconociendo que sólo se trata del peor de los supuestos, una desviación intencional y engañosa de las normas aceptadas que regulan la conducción de las hostilidades conlleva el grave riesgo de que se inicie un círculo vicioso caracterizado por una reciprocidad cada vez más negativa, en el que las expectativas de los beligerantes se traducen en una espiral de incumplimientos mutuos del DIH.

¿Un mayor riesgo de incumplimiento estructural del DIH?

Históricamente, la mayoría de las leyes relativas a los conflictos armados internacionales se basaron en la concepción de la guerra de Clausewitz, posiblemente más bien eurocéntrica, o sea, en el supuesto de conflictos simétricos, que tienen lugar entre ejércitos estatales de fuerza militar aproximadamente igual o, al menos con estructuras organizativas comparables. Durante la mayor parte de los siglos XIX y XX, las potencias dominantes se embarcaron en prolongadas carreras de

6 V. Hersch Lauterpacht, "The limits of operation of the laws of war", *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, p. 212.

armamentos para mantener una simetría que aseguraba la paz o establecer una asimetría táctica con respecto a sus contrincantes que les garantizara la victoria militar en la guerra⁷. Pero, aparte de la historia bíblica de David y Goliat, es evidente que la asimetría, entendida como disparidad del poder militar, no es un fenómeno nuevo⁸. Tampoco es un concepto enteramente extraño al DIH. Dada la disparidad intrínseca de las partes, y aunque podría aducirse que los criterios mínimos del artículo 1 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 ayudan a garantizar un mínimo grado de comparabilidad entre esas partes, los conflictos armados no internacionales son inherentemente asimétricos. Además, conforme al concepto clásico de la guerra simétrica, se aceptaba que la estructura de los conflictos podía pasar de la simetría a la asimetría, porque, cuando un conflicto se acercaba a su fin y uno de los beligerantes llevaba la mejor parte, el equilibrio militar inicial había dejado de existir. Posteriormente, durante la Conferencia Diplomática en la que se aprobó el Protocolo adicional I, los Estados participantes no sólo reconocieron la persistencia de importantes disparidades en la capacidad militar, sino que también aceptaron que la disparidad fáctica entre los adversarios puede incluso generar diferentes obligaciones en materia de derecho humanitario. Por ejemplo, con respecto al artículo 57 del Protocolo adicional I, relativo a la obligación de tomar precauciones al lanzar ataques⁹, la delegación de India señaló que, de acuerdo con el texto elegido, el contenido de la obligación de aplicar la diligencia debida, establecida en el artículo 57 —esto es, la identificación precisa de los objetivos como bienes civiles o militares— dependía en gran medida de los medios técnicos de detección con que contasen los beligerantes¹⁰. A pesar de estas preocupaciones, se aceptó el texto actual, dando tácitamente por supuesto que, a

7 Münkler, nota 3 *supra*, pp. 62 y ss. V. también, v.g., John Ellis, *The Social History of the Machine Gun*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1986.

8 Al mismo tiempo, hay que tener presente que las potenciales situaciones de guerra simétrica todavía no son, en modo alguno, completamente obsoletas. Las reiteradas fricciones entre India y Pakistán, dos potencias nucleares, es sólo uno de los posibles marcos de guerra simétrica, aunque probablemente sea el más amenazante.

9 Aunque, por lo que respecta a los conflictos armados no internacionales, el art. 13 (1) del Protocolo adicional II sólo dispone que “[l]a población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”, sería difícil cumplir este requisito sin tomar precauciones al realizar ataques. Del mismo modo, en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1968 relativa al Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados se estipula “... que se respete [a los miembros de la población civil] lo más posible”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2444 (XXIII). Además, en una resolución aprobada en 1970 sobre los Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, la Asamblea General dispuso lo siguiente: “En el desarrollo de operaciones militares, se hará todo lo posible por poner a las poblaciones civiles a salvo de los estragos de la guerra y se adoptarán todas las precauciones necesarias para evitar que las poblaciones civiles padezcan heridas, pérdidas o daños”, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2675 (XXV).

10 Actas oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, que celebró sesiones de 1974 a 1977 en Ginebra, CDDH/SR.42, p. 228. V. también Claude Pilloud y otros (dirs.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Ginebra, 1987, p. 682, párr. 2199. Lógicamente, es imposible garantizar la certeza absoluta al determinar la índole militar de un objetivo seleccionado para el ataque, pero existe la obligación de actuar con la diligencia debida y de buena fe; M. Bothe, “Legal restraints on targeting: Protection of civilian population and the changing faces of modern conflicts”, *IYHR*, vol. 31, 2001, p. 45.

causa de las disparidades que existan de hecho, las obligaciones del DIH pueden imponer cargas diferentes¹¹.

Schwarzenberger ha señalado que el ámbito de protección de las leyes de la guerra fue históricamente más fuerte en las guerras de tipo “duelo”, libradas entre beligerantes comparables y con fines limitados, como la guerra de Crimea (1853-1856) o la guerra francoalemana (1870-1871), mientras que, en las grandes guerras, como las napoleónicas o las dos guerras mundiales del siglo XX, en las que se luchó hasta vencer o morir, la parte más débil solía infringir las leyes de la guerra para procurarse ventajas a corto plazo¹². En efecto, se produjeron violaciones de las leyes de la guerra en casi todos los casos en que era aplicable el DIH¹³, y el riesgo de que una parte pudiera ordenar o consentir la comisión de infracciones en gran escala de las leyes de la guerra a fin de obtener una ventaja tentadora, evitar o diferir de alguna manera una posible derrota, siempre se cernía sobre las normas jurídicas destinadas a regular el comportamiento en los conflictos armados¹⁴. Sin embargo, en las situaciones simétricas, esos casos solían ser escasos y se limitaban casi siempre a las últimas etapas de una guerra y a batallas individuales en las que la derrota parecía inevitable, o en las que se percibía que el recurso a la perfidia o a otras tácticas prohibidas garantizarían una ventaja táctica inmediata en una situación de “empate” militar.

A causa de la evidente disparidad de la capacidad militar de los beligerantes en algunos conflictos contemporáneos, los incentivos para violar el DIH parecen haber alcanzado comparativamente nuevas cotas. El incumplimiento de las disposiciones del DIH ya no es un suceso fortuito, restringido a incidentes limitados en el tiempo y en el espacio en un conflicto, sino que se ha convertido en un rasgo estructural recurrente que caracteriza, desde el principio, a muchos de los conflictos armados actuales. El motivo es que, frente a un enemigo de abrumadora superioridad tecnológica, la parte más débil carece, de entrada, de toda posibilidad de triunfar por las armas. Algunas cifras tomadas de la reciente guerra contra Irak ilustran muy bien este desequilibrio de poder y de capacidad militar. Mientras que, según todas las informaciones, la fuerza aérea irakí nunca despegó del suelo, las

11 Según el enunciado del art. 57.2 (a) del Protocolo adicional I, los Estados Partes están obligados a (i) “hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil...” y (ii) “tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil...”. De ello se desprende que, si existe un desnivel tecnológico entre los beligerantes, el art. 57 del Protocolo adicional I impone al beligerante que dispone de alta tecnología un nivel de precauciones mucho más estricto en los ataques que a su adversario menos bien equipado. V. Michel Schmitt, “War, technology, and international humanitarian law”, *HPCR Occasional Papers Series*, verano de 2005, p. 2, en <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper4.pdf> (última consulta en agosto de 2006).

12 Georg Schwarzenberger, *The Frontiers of International Law*, Stevens, Londres, 1962, pp. 15 y ss.

13 V. sólo, v.g., “Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, Ginebra, 1 de septiembre de 1993, párr. 2: “Rehusamos admitir que, dado que la guerra no ha sido erradicada, sean constantemente violadas las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario para impedir o limitar los sufrimientos causados por conflictos armados”, en *RICR*, N.º 119, septiembre-octubre de 1993.

14 Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens, Londres, 1968, p. 453.

fuerzas de la Coalición realizaron más de 20.000 incursiones, durante las cuales sólo perdieron a causa del fuego enemigo un avión de alas fijas y un total de siete aeronaves¹⁵. Es probable que, tras los estragos del reciente conflicto del Líbano, se demuestre una desigualdad comparable de la capacidad militar de los beligerantes. Sin anticipar el análisis más detallado que se desarrolla a continuación, cabe señalar que las numerosas infracciones cometidas por el ejército irakí durante el conflicto internacional con la Coalición encabezada por Estados Unidos, al igual que los ataques indiscriminados de Hezbolá, son en gran medida consecuencia de la flagrante desigualdad de armamentos de los beligerantes. Entre otras prácticas, el ejército irakí recurrió al empleo de escudos humanos, al uso indebido de los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja, así como de minas antipersonal, y al emplazamiento de objetivos militares en zonas protegidas, tales como mezquitas y hospitales. Evidentemente, existe un alto riesgo de que la parte militarmente más débil, incapaz de detectar debilidades militares de su adversario más fuerte, se sienta sistemáticamente obligada a contrarrestar la superioridad del enemigo con medios y métodos de guerra al margen del DIH.

Al mismo tiempo, el uso de tácticas “inimaginables” y la elusión táctica de las normas aprobadas del DIH crean obstáculos que la mera superioridad militar no puede superar fácilmente. Buen ejemplo de ello son, aparte de las actuales hostilidades en Irak, las tácticas empleadas por el líder tribal somalí Farah Aydid en 1993. Desde el punto de vista convencional, las fuerzas de Aydid no podían compararse con las tropas aerotransportadas estadounidenses, fuertemente armadas y tecnológicamente avanzadas. Sin embargo, valiéndose de armas y sistemas de comunicación primitivos —que al parecer abarcaban desde teléfonos móviles hasta tambores tribales—, así como de tácticas “inimaginables” y actos “bárbaros” perpetrados para impresionar a los medios informativos, la milicia convenció a los dirigentes norteamericanos de que, pese al atraso militar de las fuerzas somalíes, el tributo de la intervención de EE.UU. en Somalia era muy alto¹⁶. Durante la guerra contra Irak, el uso de bombas-racimo o de dispersión en zonas

15 “Operation Iraqi Freedom: By the numbers”, 30 de abril de 2003, p. 3, en http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2003/uscentaf_oif_report_30apr2003.pdf (última consulta en agosto de 2006). Igualmente, durante la batalla de Faluya, la infantería de marina estadounidense causó casi 1.200 bajas a las fuerzas enemigas y sufrió solamente 50 bajas propias. Schmitt, nota 11 *supra*, p. 33.

16 Steven Lambakis, James Kiras y Kristin Kolet, “Understanding “asymmetric” threats to the United States”, septiembre de 2002, en *Comparative Strategy*, National Institute for Public Policy, vol. 21, n.º 4, 1 de octubre de 2002, pp. 241–77, en <http://www.nipp.org/Adobe/Asymmetry%20%20final%2002.pdf> (última consulta en agosto de 2006). Según se informó, una de las tácticas era utilizar a mujeres y niños como escudos y combatientes, lo que causó de varios centenares a varios miles de víctimas somalíes. V. también Mark Bowden, *Black Hawk Down: A Story of Modern War*, Penguin, Nueva York, 2000, y Martin Libicki, *What is Information Warfare?*, National Defence University Press, Washington, 1995, p. 36, esp. n. 31. En otro claro ejemplo de una respuesta que desafió con éxito los propósitos de Estados Unidos, un grupo de manifestantes en el puerto de Puerto Príncipe logró la retirada del buque *USS Harlan County* y las fuerzas de mantenimiento de la paz que transportaba (1993). Para más detalles, v. Michael Bailey, Robert Maguire and J. O’Neil Pouliot, “Haiti: Military–police partnership for public security”, en Robert B. Oakley, Michael J. Dziedzic y Eliot M. Goldberg (dirs.), *Policing the New World Disorder: Peace Operations and Public Security*, NDU Press, Washington, 1998, en <http://www.ndu.edu/ndu/inss/books/policing/chapter7.html> (última consulta en agosto de 2006).

pobladas y el presunto uso de fósforo blanco, así como la continua utilización, por las fuerzas estadounidenses y británicas, de ataques de “decapitación”, que causaban gran número de víctimas civiles, fueron en parte ataques indiscriminados y podría afirmarse que, en esos casos, se omitió tomar “todas las precauciones factibles”, como dispone el DIH.

Así pues, parece haber incentivos para que ambas partes den cada vez más prioridad a las necesidades de este tipo de guerra, eventualmente en detrimento de las consideraciones humanitarias¹⁷.

Modalidades de incumplimiento del DIH: la interacción entre el principio de distinción y el principio de proporcionalidad

Las tendencias que se observan en los conflictos recientes indican que, a fin de evadir el ataque de un enemigo de superioridad insuperable o nivelar las desigualdades del poder militar, las partes militarmente más débiles tienden, en particular, a instrumentalizar y manipular intencionadamente el principio de distinción. Esa manipulación puede tomar diferentes formas¹⁸. Del mismo modo, las partes más fuertes tienden a reducir la barrera de la proporcionalidad en respuesta a la falta sistemática de respeto del principio de distinción y su consecuente incapacidad para hacer frente al enemigo con eficacia. La siguiente descripción de las posibles estrategias que los beligerantes pueden sentirse compelidos a adoptar cuando se enfrentan con fuerzas abrumadoramente superiores o con desviaciones sistemáticas de las normas jurídicas aceptadas, sólo tiene por objeto facilitar la comprensión de las probables tendencias del incumplimiento y no pretende ser completa. Las características asimétricas son precisamente imprevisibles por su propia naturaleza.

El principio de distinción

Como estrategia defensiva al enfrentarse con un enemigo tecnológicamente superior, es fundamental, pero cada vez más difícil, mantenerse fuera de su alcance y ocultar la propia presencia como combatiente. Escondarse en zonas montañosas,

17 Inicialmente, el concepto de la necesidad militar fue denunciado por las autoridades de la Confederación norteamericana, quienes sospechaban que equivalía a un permiso para causar daño. De hecho, ese concepto se transformó en una doctrina de la *Kriegsräson* en Prusia, que adoptó el Código de Lieber en 1870; v. Burrus M. Carnahan, Lincoln, “Lieber and the Law of War: The origins and limits of the principle of military necessity”, *AJIL*, vol. 92, 1998, p. 213, en pp. 217 y ss. Durante los juicios de Nuremberg, algunos acusados también invocaron la necesidad militar para justificar sus atrocidades contra la población civil; v., entre otros, “*In re Von Leeb* (High Command Case)”, *ILR*, N.º 15, p. 376, en p. 397. Frits Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, p. 366; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Nueva York, 1954, pp. 351-2; y, más en general, N. Dunbar, “Military necessity in war crimes trials”, *BYIL*, vol. 29, 1952, pp. 446-52.

18 V. *infra*.

cavernas, instalaciones subterráneas y túneles es una forma de hacerlo. Pero sucede que las propias disposiciones del DIH ofrecen otra forma rápida y eficiente de ocultamiento. Habida cuenta de las diferentes formas de protección otorgadas a las personas civiles, fingir ser un civil es una forma fácil de evadir al enemigo que, a diferencia de las tácticas de guerrilla tradicionales, como ocultarse bajo tierra o en zonas inaccesibles, no puede ser contrarrestada mediante el desarrollo de tecnologías de identificación avanzadas. En efecto, al parecer, para impedir que las fuerzas de la Coalición los identificaran como enemigos, es decir, como objetivos legítimos, muchos soldados irakíes se quitaban los uniformes en la última guerra¹⁹. Ésta no es una táctica prohibida, siempre que no se utilice para lanzar un ataque al amparo de las disposiciones sobre protección. Según el artículo 4 del III Convenio de Ginebra, la ausencia de un signo distintivo fijo reconocible a distancia sólo da lugar a la pérdida del estatuto de combatiente y de los correspondientes privilegios²⁰. Con todo, si esa práctica se emplea como estrategia, puede generar, a pesar de su licitud, una considerable incertidumbre acerca del estatuto de una persona y erosionar así sutilmente la eficacia del principio de distinción, un concepto fundamental e inviolable, en palabras de la Corte Internacional de Justicia²¹.

Evidentemente, si se manipula la noción de la distinción, es decir, la invulnerabilidad que el derecho concede a ciertas personas y bienes, ésta brinda muchas escapatorias para eludir los ataques²². Es fácil cruzar la línea que separa las tácticas lícitas de las ilícitas. El uso indebido de los emblemas protectores a fin de ocultar objetivos militares es una de esas prácticas, y marcar el edificio del partido baasista en Basora con el emblema del CICR es un ejemplo flagrante de tales tácticas²³. A fin de proteger bienes militares cuya índole no se puede ocultar tan fácilmente, los beligerantes débiles han utilizado reiteradamente el obstáculo de la proporcionalidad: con objeto de manipular la ecuación de la proporcionalidad del adversario, los bienes militares inmóviles se escudan tras personas civiles, en tanto que el material militar móvil se sitúa deliberadamente en las proximidades de instalaciones civiles u otros lugares específicamente protegidos. Por ejemplo, en el reciente conflicto en Oriente Próximo, Hezbolá ocultó sus cohetes y otros materiales militares en barrios civiles. Jan Egeland, subsecretario general de las

19 *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, Human Rights Watch, diciembre de 2003, pp. 78–9; W. Hays Parks, “Special forces’ wear of non-standard uniforms”, *Chicago Journal of International Law*, N.º 4, 2003, p. 493.

20 En general, v. Knut Dörmann, “La situación jurídica de los ‘combatientes ilegales / no privilegiados’”, *RICR* N.º 849, marzo de 2003. Puede también consultarse en www.cicr.org.

21 Opinión Consultiva de la CIJ del 8 de julio de 1996 sobre la Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, *ICJ Report 1996*, párr. 79.

22 Con respecto al principio de la distinción en general, v., v.g., Eric David, “Respect for the principle of distinction in the Kosovo war”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, pp. 81–107; Esbjörn Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1979; Daniela Kravetz, “The protection of civilians in war: The ICTY’s *Galic* case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, N.º 3, 2004, pp. 521–36; Wolff Heintschel von Heinegg (red.), *The Military Objective and the Principle of Distinction in the Law of Naval Warfare*, Brockmeyer, Bochum, 1991.

23 Schmitt, nota 11 *supra*, p. 35.

Naciones Unidas, puso claramente de relieve al respecto el círculo vicioso que esta práctica podría generar²⁴.

También se han reseñado comportamientos similares por lo que respecta a las tácticas ofensivas. La incautación notificada de ambulancias a fin de fingir que se goza de inmunidad y aumentar así las posibilidades de efectuar ataques es un ejemplo típico, como lo es el hecho de que, según los informes recibidos, durante la batalla de Faluya, en noviembre de 2004, sesenta de las cien mezquitas de la ciudad se usaron como bases de operaciones militares²⁵. Cabe señalar que, además de violar el principio de distinción, dar la falsa impresión de que se goza del derecho de inmunidad contra los ataques y explotar la convicción del enemigo de que así es se considera asimismo como un modo de perfidia y, como tal, está prohibido²⁶. No todas las estrategias empleadas para eludir un poderío militar superior mediante la astucia, la sorpresa, la aproximación indirecta o la implacabilidad constituyen automáticamente conductas prohibidas. Según las circunstancias, pueden ser nada más que buenas tácticas. Sin embargo, si el adversario débil no es capaz de detectar los puntos flacos militares de un enemigo superior, es posible que no vea finalmente otra posibilidad que la de tomar como blanco a la parte más vulnerable del Estado más fuerte y atacar directamente a las personas o los bienes civiles, lo que constituye una violación directa del principio de distinción. La serie de ataques terroristas que se realizaron después de los atentados del 11 de septiembre en Bali, Mombasa y Yerba en 2002, Riad y Casablanca en 2003, Madrid en 2004, Londres y El Cairo en 2005, así como Bombay en 2006, por sólo mencionar los que más despertaron la atención de los medios informativos, y los constantes atentados en Afganistán e Irak, demuestran que esa tendencia se está acentuando. De este modo, el beligerante débil evita los riesgos que entrañan los ataques contra instalaciones militares bien protegidas y puede librar una guerra ofensiva en las pantallas de televisión y en los hogares del Estado fuerte, beneficiándose de las repercusiones que trae consigo la cobertura de los medios de difusión²⁷.

24 V. la declaración de Jan Egeland al Consejo de Seguridad sobre la situación humanitaria en Oriente Próximo, del 28 de julio de 2006, p. 3: "En las reuniones, insté a los ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa de Israel a modificar la conducción de los ataques y bombardeos aéreos a fin de evitar el uso excesivo de fuerza que inflige sufrimientos desproporcionados a la población civil. Cuando es obvio que mueren más niños que combatientes, hay que modificar la conducción de las hostilidades. Al mismo tiempo, hice reiterados llamamientos públicos desde Líbano, exhortando a los hombres armados de Hezbolá a poner fin a su deplorable táctica de ocultar municiones, armas o combatientes entre los civiles. La práctica de usar los barrios civiles como camuflaje humano es odiosa e infringe el derecho internacional humanitario". En <http://ochaonline.un.org/DocView.asp?DocID54764> (última consulta el 2 de agosto de 2006). V. también Kenneth Roth, "Indiscriminate Bombardment", agosto de 2006, en <http://www.hrw.org/english/docs/2006/08/22/lebanon14061.htm>.

25 Schmitt, nota 11 *supra*, p. 38.

26 Hans-Peter Furrer, *Perfidie in der Geschichte und im heutigen Kriegsvölkerrecht*, tesis doct., Facultad de Derecho, Basilea.

27 Pfanner, nota 2 *supra*, p. 153. V. también Gerhard Paul, *Bilder des Krieges, Krieg der Bilder: Die Visualisierung des modernen Krieges*, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn, 2004.

El principio de proporcionalidad

Con el paso del tiempo, y habida cuenta de las prácticas susodichas, se corre el grave riesgo de que un beligerante que se vea confrontado con reiteradas infracciones cometidas por su adversario perciba que el propio DIH, con sus claras categorizaciones y diferenciaciones entre el ámbito militar y el civil, abre intencionadamente las puertas a un tipo de guerra que suprime esas nítidas distinciones²⁸.

Sin embargo, el riesgo más inmediato es que el adversario, ante esa falta de respeto del principio de distinción, se sienta obligado a reducir gradualmente la barrera de la proporcionalidad. Evidentemente, si el uso de escudos humanos o el ocultamiento de material militar en instalaciones civiles sólo tiene lugar esporádicamente y al azar durante un conflicto armado, es probable que las preocupaciones de índole humanitaria prevalezcan sobre la necesidad de atacar con una fuerza desproporcionada; en cambio, si esas tácticas se utilizan sistemáticamente con fines estratégicos, es posible que el enemigo sienta la necesidad imperiosa de atacar sin tener en cuenta los posibles daños a personas y bienes civiles. En efecto, la forma en que el Gobierno israelí explica el creciente número de víctimas civiles en sus recientes operaciones militares contra Hezbolá en Líbano²⁹ confirma que la violación sistemática de, por ejemplo, el principio de distinción por una de las partes en un conflicto, probablemente afecte de modo negativo la interpretación y la aplicación del principio de proporcionalidad por la otra parte³⁰.

28 Carl Schmitt, *Theorie des Partisanen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1963, p. 37

29 En la página Web del Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel se declara que “Israel lamenta la pérdida de vidas inocentes. El objetivo de Israel no son las personas civiles, pero se ve obligado a tomar acciones decisivas contra Hezbolá, una implacable organización terrorista que tiene más de 12.000 misiles apuntando a ciudades israelíes. Al igual que cualquier otro país, Israel debe proteger a sus ciudadanos, y no tuvo otra opción que la de eliminar esta grave amenaza contra las vidas de millones de civiles inocentes. Si Hezbolá no hubiese desplegado esos misiles, Israel no habría tenido necesidad de actuar, y si Hezbolá hubiese instalado su arsenal fuera de las zonas pobladas, los civiles no habrían sufrido daño alguno cuando Israel hizo lo que obviamente tenía que hacer”. Esta declaración puede consultarse, en inglés, en <http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/Behind+the+Headlines/Israels+counter+terrorist+campaign+-+FAQ+18-Jul-2006.htm#disproportionateforce> (última consulta en agosto de 2006).

30 V.,v.g., Pilloud, nota 10 *supra*, p. 683: “En el *ius in bello*, la proporcionalidad contribuye al ‘justo equilibrio entre las necesidades de la guerra y las exigencias humanitarias’”. V. también la sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en la causa *Kupreskic*, Causa nº IT-95-16-T-14, Sentencia, enero de 2000, párr. 524.

La necesidad militar en los conflictos asimétricos

Aunque la noción de la necesidad militar se invoca de vez en cuando como una justificación particular de las infracciones de las leyes de la guerra³¹, actualmente es indudable que, en el DIH contemporáneo, el elemento de la necesidad militar debe equilibrarse con el principio de humanidad, y que las leyes de la guerra no son tan elásticas como para permitir invocar la necesidad militar como razón para apartarse de las normas humanitarias aprobadas³². No obstante, puede decirse que el conflicto asimétrico conlleva un cierto riesgo de que surja una *Kriegsräson* de la era moderna, porque los obstáculos que se consideran insuperables pueden inducir y, finalmente, obligar a ambas partes a ampliar considerablemente su percepción de los medios necesarios para derrotar al enemigo. Dado que la necesidad militar es un componente de la ecuación de la proporcionalidad establecida por el *ius in bello*, el hecho de ampliar o sobrestimar el concepto de la necesidad militar menoscabaría la protección que confiere el principio de proporcionalidad³³.

El principio de la necesidad militar está estrechamente relacionado con los objetivos de la guerra³⁴. Ahora bien, los objetivos que se persiguen en los conflictos asimétricos son muy diferentes de los que se plantean en el tipo de conflictos simétricos que tenían en la mente los primeros redactores del principio de la necesidad militar³⁵. Las autoridades modernas en materia de leyes de la guerra siguen remitiéndose a la definición de la necesidad militar que se especifica en el artículo 14 del Código de Lieber, según la cual “la necesidad militar, tal y como la

- 31 A pesar de que, tras la Segunda Guerra Mundial, se produjo un inequívoco rechazo de toda forma extrema de necesidad militar similar a la doctrina de la *Kriegsräson*, el concepto de la necesidad militar se siguió invocando esporádicamente como un motivo particular para justificar las violaciones de las leyes de la guerra. Basándose en el preámbulo del Convenio de la Haya sobre la guerra terrestre de 1899, Von Knieriem concluye que el Reglamento anexo a dicho Convenio no era más que un principio rector que sólo debía tomarse en cuenta en la medida en que las “necesidades militares” lo permitieran. A. von Knieriem, *Nürnberg: rechtliche und menschliche Probleme*, E. Klett, Stuttgart, 1953, p. 321.
- 32 Kalshoven, nota 17 *supra*, p. 366; Erik Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, Annales. Academiæ Scientiarum Fennicæ, Helsinki, 1954, p. 66; E. Rauch, *Le Concept de Nécessité Militaire, Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1980, pp. 214 y ss.; Carnahan, nota 17 *supra*, p. 218; Robert W. Gehring, “Loss of civilian protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I”, 90 *Military Law Review*, vol. 90, n° 49, 1980, p. 14; Morris Greenspan, *Modern Law of Land Warfare*, University of California Press, Berkeley, 1959, p. 314; A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester University Press, Manchester y Nueva York, 2004, p. 4.
- 33 Además, a menudo se ha señalado la necesidad militar como el origen de la exigencia de que la guerra sea proporcionada; v.g., Michael Bothe, Karl-Josef Parsch, Waldemar Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, pp. 194-5; Mures McDougal y Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, Yale University Press, New Haven, 1961, p. 528; Rauch, nota 32 *supra*, p. 213.
- 34 En la sección 3 del *Manual of Military Law* británico, la necesidad militar se define como “el principio que justifica que un beligerante aplique la compulsión y la fuerza de todo tipo en la medida necesaria para alcanzar el propósito de la guerra, esto es, la sumisión completa del enemigo en el menor tiempo posible y con el menor gasto posible de hombres, recursos y dinero...”. Citado en Rogers, nota 32 *supra*, p. 5. (*Trad. del CICR*).
- 35 V. en general, v.g. McDougal y Feliciano, nota 33 *supra*, pp. 521-2. El principio de necesidad militar alcanzó reconocimiento internacional en la Declaración de San Petersburgo a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, del 29 de noviembre/11 de diciembre de 1868. Puede consultarse en www.cicr.org (última consulta en agosto de 2006).

entienden las naciones civilizadas modernas, es la necesidad de tomar las medidas indispensables para lograr los propósitos de la guerra y que son lícitas según las leyes y los usos modernos de la guerra”³⁶. Teniendo en cuenta esta formulación de “indispensables para lograr los propósitos de la guerra”, se entiende, por lo común, que el principio de la necesidad militar justifica sólo el grado de fuerza necesario para conseguir la derrota militar y la pronta sumisión del enemigo³⁷. En efecto, en la Declaración de San Petersburgo se declaraba, ya en 1868, que “el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo”³⁸. En el *US Army Field Manual* se establece que “el derecho de la guerra... exige que los beligerantes se abstengan de emplear toda clase o grado de violencia que no sea verdaderamente necesaria para lograr los propósitos militares” y se define la necesidad militar como “*el principio que justifica el uso de las medidas no prohibidas por el derecho internacional que son indispensables para lograr la completa sumisión del enemigo lo antes posible*”³⁹.

Históricamente, la alineación más bien estricta de la noción de necesidad militar con los objetivos exclusivamente militares, o sea, la derrota militar y la pronta sumisión militar del enemigo, se debe a que ese concepto se concibió originariamente para limitar la violencia en la guerra⁴⁰. Aunque hoy se hace a

36 Instrucciones para el Gobierno de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos en Campaña, redactadas por Francis Lieber, promulgadas como Órdenes Generales n.º 100 del 24 de abril de 1863, y reeditadas en D. Schindler y J. Toman (dirs.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 3ª ed., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 3. El Código de Lieber también puede consultarse en inglés en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument> (última consulta en agosto de 2006). En general, en relación con el principio de la necesidad militar, v. Rauch, nota 32 *supra*, p. 211; Carnahan, nota 17 *supra*, p. 230; Pilloud, nota 10 *supra*, p. 392; Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff/Instituto Henry Dunant, Dordrecht, Ginebra, 1983, p. 62; y Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (n.º 35), Cambridge, 2004, p. 681. V. también el art. 15 del Código de Lieber: “La necesidad militar admite la destrucción directa de la vida o de la integridad física de los enemigos armados y de otras personas cuya destrucción incidental es inevitable en los enfrentamientos armados de la guerra; permite la captura de los enemigos armados y de los enemigos que sean importantes para el Gobierno hostil o particularmente peligrosos para el detenedor; permite la destrucción de bienes y la obstrucción de las vías y canales de tráfico, tránsito o comunicación; permite denegar el sustento o los medios de vida del enemigo, la apropiación de cualquier elemento que, en el país del enemigo, sea necesario para la subsistencia y la seguridad del ejército, así como los engaños que no entrañen la violación de la buena fe, ya sea efectivamente comprometida en acuerdos celebrados durante la guerra o cuya existencia se presupone de conformidad con las actuales leyes de la guerra. Los hombres que toman las armas para enfrentarse en una guerra pública no dejan por ello de ser seres morales, responsables entre sí y ante Dios”. Art. 16: “La necesidad militar no admite la crueldad, esto es, la imposición de sufrimiento por el sufrimiento en sí o por venganza, ni que se mutile o que se hiera salvo en combate; tampoco admite la tortura para arrancar confesiones ni el uso de veneno en guerra alguna, ni la devastación gratuita de un distrito. Admite el engaño, pero rechaza los actos de perfidia y, en general, la necesidad militar no incluye actos de hostilidad que dificulten innecesariamente el restablecimiento de la paz”.

37 Bothe y otros, nota 33 *supra*, p. 195; Carnahan, nota 17 *supra*, p. 231. V. también *Commanders Handbook on the Law of Naval Operations*, Ministerio de Marina de Estados Unidos, párr. 6.2.5.5.2; *US Army Field Manual*, n.º 27-10, 1956: “... sólo se permite el uso de las armas y medios de combate que sean necesarios para lograr los propósitos militares de la guerra, cuyo objetivo final es el de vencer a las fuerzas armadas enemigas”.

38 Declaración de San Petersburgo, nota 35 *supra*. V. también Pictet, nota 36 *supra*, p. 62.

39 *Field Manual*, nota 37 *supra*, párr. 3 (el subrayado es nuestro).

40 Carnahan, nota 17 *supra*, p. 217.

veces caso omiso de este hecho, las restricciones a la violencia en la guerra no son únicamente el resultado de buscar un equilibrio entre el principio de necesidad militar y el principio de humanidad⁴¹. El principio de necesidad militar constituye en sí y por sí mismo un importante factor de restricción, porque prescribe que, para ser lícita, la violencia en la guerra ha de ser ante todo necesaria desde el punto de vista militar⁴². Por lo tanto, la ampliación progresiva y subrepticia de este concepto, o simplemente una interpretación más indulgente de los factores que determinan la necesidad militar y, por consiguiente, la noción de ventaja militar, socavarían las normas restrictivas impuestas al uso de la violencia en los conflictos armados. Un proceso semejante parece sobre todo probable a causa de las situaciones asimétricas que, por su complejidad e intangibilidad, escapan a la comprensión militar en sentido estricto. Por ejemplo, la cuestión de si la ventaja militar se entiende como aquella que se espera obtener de un ataque considerado en su totalidad, o sólo de partes aisladas o particulares del ataque, afecta en gran medida la aplicación de la norma de la proporcionalidad establecida en los artículos 51 y 57 del Protocolo adicional I, incluso en los conflictos armados tradicionales⁴³. En situaciones asimétricas que escapan tanto a los límites temporales como a los espaciales, es decir, que no encajan en el concepto tradicional de “campo de batalla”, parece algo más difícil describir y determinar con precisión el concepto de “un ataque considerado en su totalidad”⁴⁴.

En términos más generales, a medida que aumenta la asimetría entre los beligerantes, la distinción entre las necesidades y los objetivos políticos y militares se difumina cada vez más. Especialmente en conflictos como los que se libran contra Al Qaeda o Hezbolá (es decir, entre un Estado o grupo de Estados y una entidad no estatal), cuando la entidad no estatal utiliza la fuerza militar, su objetivo último es ejercer presión sobre la política del enemigo, ya que ni siquiera intenta vencerlo por las armas. A la inversa, es probable que la parte más fuerte adopte un enfoque mucho más global, combinando, en forma inseparable, los esfuerzos políticos y militares a fin de lograr no solamente la sumisión militar del enemigo sino también su completa erradicación o disolución política, y no sólo su sumisión militar, sobre todo si la lucha

41 Se reconoce en general que el DIH moderno constituye esencialmente “un compromiso basado en el equilibrio entre la necesidad militar, por una parte, y las exigencias de humanidad, por la otra”, Pilloud, nota 10 *supra*, pp. 392 y ss.

42 Rauch, nota 32 *supra*, p. 209; Carnahan, nota 17 *supra*, p. 230; Gardam, nota 36 *supra*, pp. 7 y ss.

43 V., v.g. el párr. 5 de la reserva al Protocolo adicional I formulada por Alemania, en la que se especifica que Alemania entiende que la expresión “ventaja militar” utilizada en los arts. 51 y 57 del Protocolo adicional I se refiere a la ventaja que se espera obtener de un ataque considerado en su totalidad. El texto de la reserva figura en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenDocument> (última consulta en agosto de 2006).

44 “Los Estados Unidos de América libran una guerra antiterrorista de alcance mundial. La lucha contra el terrorismo mundial es diferente de todas las otras guerras de nuestra historia. Se librarán en muchos frentes, contra un enemigo particularmente evasivo, durante un período de tiempo prolongado”, Estrategia de Seguridad Nacional, Casa Blanca, p. 5. La Estrategia de Seguridad Nacional figura en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html> (última consulta en agosto de 2006).

es contra una entidad no estatal a la que considera una organización terrorista⁴⁵. Ciertamente, la separación de los objetivos militares y políticos, que ya estaba presente en la guerra tradicional, siempre ha sido hasta cierto punto axiomática, pues toda operación militar tiene motivaciones tanto militares como políticas⁴⁶. El denominado bombardeo de Navidad, realizado contra Vietnam del Norte en 1972, es un ejemplo típico: aunque estaba dirigido solamente contra objetivos que respondían a la definición de objetivos militares, el propósito del bombardeo era inducir al Gobierno de Vietnam del Norte a continuar con las negociaciones políticas⁴⁷. No obstante, la guerra simétrica, con sus campos de batalla identificables en cuanto a espacio y duración, permitía, al menos teóricamente, una separación relativamente clara entre las necesidades y los objetivos militares y los políticos en la conducción efectiva de la guerra. Aunque en los escenarios asimétricos el adversario más débil es, de entrada, militarmente inferior, la superioridad militar por sí misma ha dejado de garantizar el triunfo en tales conflictos, y en consecuencia, los mismos conceptos de “victoria” o “derrota” se hacen cada vez más indistintos. Si esos parámetros se mantienen indefinidos o resultan incluso indefinibles, es imposible determinar con claridad las necesidades militares. Éstas siempre estuvieron sujetas a cambios asociados a la evolución de los métodos de guerra, y el concepto de la necesidad militar ha sido lo suficientemente flexible como para adaptarse a esas nuevas circunstancias, debidas en gran medida a los avances tecnológicos en materia de armamento. Ahora bien, parece dudoso que el concepto de necesidad militar pueda evaluarse y aplicarse en situaciones asimétricas como si éstas fueran similares a los ámbitos de aplicación de la ley⁴⁸, porque la complejidad y la intangibilidad de esos escenarios escapan a las delimitaciones tradicionalmente estrictas establecidas por dicho concepto. Sin embargo, apartarse de la gran estrechez del concepto implicaría poner en peligro protecciones humanitarias, alcanzadas ya hace mucho tiempo, que dimanaban directamente del concepto en sí, y podrían hacer que el centro de la ecuación de proporcionalidad se desplace de las consideraciones humanitarias a las necesidades militares.

Medios y objetivos militares dispares a la luz del principio de reciprocidad

Independientemente del actual debate sobre la función y el ámbito precisos del principio de reciprocidad dentro del DIH⁴⁹ —algunos autores han negado la

45 Rogers ha señalado, en particular, que “la referencia a la sumisión completa del enemigo, formulada a la luz de la experiencia de la guerra total que tuvo lugar durante la Segunda Guerra Mundial, probablemente sea hoy obsoleta, ya que la guerra puede tener un objetivo limitado...”; nota 32 *supra*, p. 5.

46 Carnahan, nota 17 *supra*, p. 222.

47 *Ibid.*, p. 221; Martin Herz, *The Prestige Press and the Christmas Bombing*, Ethics and Public Policy Center, Paperback, Washington DC, 1972, pp. 6 y ss.

48 V. Clyde Egleton, “Of the illusion that war does not change”, *AJIL*, vol. 35, 1941, pp. 659 y ss.

49 Acerca del principio de reciprocidad, v., en general, Michel Virally, “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, *Recueil des Cours*, vol. 122, 1967 III, pp. 1-106; Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Editions A. Pedone, Paris, 1970.

pertinencia de la reciprocidad en la formación del DIH⁵⁰, en tanto que otros la consideran un principio de orden sociológico sin pertinencia jurídica directa⁵¹—, se acepta, en líneas generales, que la reciprocidad sigue siendo una fuerza poderosa que induce al cumplimiento continuo de las normas humanitarias⁵². No obstante, como el dios Jano, este concepto tiene dos caras. Si bien la reciprocidad puede, en un sentido positivo, servir como fuerza mitigadora y estabilizadora, en su forma negativa puede, en última instancia, hacer colapsar cualquier orden jurídico⁵³. Las reservas formuladas al Protocolo de 1925 sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, por las cuales el Protocolo dejaba *ipso facto* de ser vinculante en caso de infracción⁵⁴, ilustran gráficamente este peligro. Las represalias también son un ejemplo típico de la potencial dinámica negativa inherente al principio de reciprocidad.

Históricamente, la reciprocidad ha desempeñado un papel importante, si no predominante, en el ámbito del DIH, cuya formación y adaptación se han vinculado tradicionalmente, de manera muy estrecha, a los intereses vitales de los Estados, en particular al deseo de garantizar la eficacia militar durante la guerra. Antes de la codificación de las normas humanitarias a finales del siglo XIX, solían reglamentar el comportamiento en la guerra los pactos escritos o carteles, redactados *ad hoc* por los beligerantes en respuesta a los requisitos militares del momento, es decir, para una batalla en particular; los carteles se relacionaban más con la reciprocidad práctica que con preocupaciones humanitarias⁵⁵. Más tarde, los primeros intentos

50 René-Jean Wilhelm, “Le caractère des droits accordés à l’individu dans les Conventions de Genève”, *Revue internationale de la Croix Rouge*, 1950, p. 561, en p. 579: “la reciprocidad es un elemento de la aplicación efectiva de estas normas convencionales, como lo es para otras partes del derecho de gentes; en modo alguno constituye su fundamento”.

51 “La reciprocidad es un elemento *de facto* que no debe descuidarse. Puede desempeñar un papel importante en la aplicación efectiva de las normas concernidas. Sin embargo, sería muy peligroso admitir este elemento, que es más bien de orden sociológico, como un principio del derecho internacional en el ámbito en cuestión”. Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, informe presentado por el CICR en la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, 1969, p. 83.

52 Sobre la reciprocidad en general, en relación con el DIH, v. René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (nº 22), Cambridge, 2002, pp. 136 y ss.; Jean de Preux, “The Geneva Conventions and Reciprocity”, *International Review of the Red Cross*, nº 244, enero-febrero de 1985, pp. 25-29.

53 Bruno Simma, “Reciprocity”, en R. Bernhardt (red.), *EPIL*, vol. 4, 2000, p. 32.

54 Protocolo sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares, y de medios bacteriológicos. V., v.g., la reserva formulada por la República de Serbia al ratificar el Protocolo el 12 de abril de 1929: “Dicho Protocolo dejará de ser obligatorio para el Gobierno de los serbios, croatas y eslovenos con respecto a todos los Estados enemigos cuyas fuerzas armadas o aliados no respeten las restricciones que son objeto de este Protocolo” V. el texto de la reserva en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/5532AC2C94D0F5A8C1256402003F769B?OpenDocument> (última consulta en agosto de 2006).

55 P. Bogaiewsky, «Les secours aux militaires malades et blessés avant le XIXème siècle», *Revue générale de droit international public*, vol. 10, 1903, pp. 202-21. La reciprocidad se manifiesta con la máxima claridad en la etapa de la conclusión y terminación de un tratado. V. Bruno Simma, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972, p. 55.

de codificación se inspiraron a menudo en los carteles⁵⁶, como el Convenio de Ginebra inicial, de 1864, o el artículo 62 del Código de Lieber, según el cual las tropas que no daban cuartel no tenían derecho a recibirlo⁵⁷. Además, los Convenios de La Haya de 1907, así como el Convenio de Ginebra de 1906, contenían una denominada *clausula si omnes*, según la cual los convenios humanitarios cesaban de ser aplicables si uno de los beligerantes en el conflicto no era parte en ellos⁵⁸. Sin embargo, aunque la cláusula *si omnes* estuvo en vigor durante toda la Primera Guerra Mundial, y a pesar de que Montenegro, uno de los beligerantes, no era parte en el Convenio, los Estados firmantes respetaron sus compromisos. Esa cláusula se suprimió en 1929, puesto que ya no respondía a las necesidades humanitarias. En el artículo 2 (3) de los cuatro Convenios de Ginebra promulgados en 1949 se dispone que, en los conflictos en que no todos los beligerantes son partes en el Convenio⁵⁹, “las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas”, haciendo así que el principio de reciprocidad funcione a favor de la aplicación ampliada de esos convenios⁶⁰.

El aspecto que primaba en las épocas anteriores, es decir, el de las relaciones entre los Estados, el factor predominante que inducía a la reciprocidad, fue disminuyendo a medida que el componente humanitario cobró mayor importancia y que las normas humanitarias evolucionaron progresivamente hacia disposiciones de orden público similares a las establecidas en las normativas sobre los derechos humanos⁶¹. Las consideraciones elementales de humanidad recogidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra son el ejemplo más sobresaliente en ese sentido, aunque podría aducirse que los artículos 73 y 75 del Protocolo adicional I, así como la mayoría de las disposiciones del Protocolo adicional II y la Parte II del

56 De hecho, el contenido de los convenios posteriores, como el Convenio de Ginebra de 1864, se inspiró frecuentemente en las normas de los carteles. Provost, nota 52 *supra*, p. 130; Henri Coursier, “L'évolution du droit international humanitaire”, *Recueil des Cours*, 1960-I, vol. 99, pp. 357, 371.

57 Posteriormente, esta norma se incorporó en las *US Rules of Land Warfare*, WD Doc nº 467, Ministerio de la Guerra de Estados Unidos, Oficina del Jefe de Estado Mayor, 1914, párr. 368.

58 En el art. 2 del IV Convenio de La Haya de 1907 se establece que: “Las disposiciones... sólo son aplicables entre las Potencias Contratantes y sólo si los beligerantes son todos partes en el presente Convenio”.

59 El art. 82 del Convenio de 1929 relativo al trato de los prisioneros de guerra disponía que “En caso de que, en tiempo de guerra, uno de los beligerantes no fuera parte en el Convenio, sus disposiciones seguirían siendo, no obstante, obligatorias entre los beligerantes que participan en él”. V. Jean S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. III (Prisoners of War), CICR, Ginebra, 1960, p. 21. Como se indica en el comentario sobre el Convenio de Ginebra de 1929, “los hechos respaldados por las firmas de los signatarios y por los intereses humanitarios de todos resultaron de mayor peso que la ley”. V. también Paul des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, Geneva, 1930, art. 25, p. 188; v. también 1929 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field (Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña), art. 25, en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/300?OpenDocument>, en inglés (última consulta en agosto de 2006).

60 Schwarzenberger, nota 14 *supra*, p. 21.

61 Provost, nota 52 *supra*, p. 137.

IV Convenio de Ginebra, tampoco contienen consideraciones de reciprocidad⁶². La aprobación del artículo 60(5) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados marca otro paso hacia la exclusión de ciertas disposiciones de índole humanitaria relacionadas con la protección de la persona humana, del régimen de reciprocidad que lleva aparejada la norma *inadimplenti non est adimplendum* (no hay por qué cumplir las obligaciones propias si la otra parte no ha cumplido las suyas), codificada en el artículo 60(1)-(3) de la Convención de Viena⁶³. Desde la promulgación de los Convenios de Ginebra en 1949, se han observado, en efecto, diversas señales de la progresiva depreciación de la noción de la reciprocidad en la formación y en la aplicación continua del DIH. Entre esos signos cabe mencionar la imposición, en el artículo común 1 de esos Convenios y en el artículo 1 del Protocolo adicional I, de la obligación de hacer respetar las disposiciones de dichos instrumentos⁶⁴; la prohibición de que las partes contratantes se exoneren o exoneren a otras partes contratantes de su responsabilidad por infracciones graves⁶⁵; y la creciente tendencia a clasificar las normas humanitarias como *ius cogens* o como normas que son vinculantes *erga omnes*⁶⁶.

Sin embargo, el posible peligro de la reciprocidad negativa no depende forzosamente del debilitamiento de la reciprocidad positiva. A pesar del proceso que acabamos de describir, tanto los Convenios de Ginebra como el Protocolo adicional I parecen contener requisitos de reciprocidad residuales, sobre todo en cuanto a la conducción efectiva de las hostilidades. Es más, la práctica de los Estados demuestra que, en ciertos ámbitos, los Estados consideran que es un tanto prematuro abandonar la noción de reciprocidad. Resulta revelador que una de las razones por las cuales Estados Unidos se niega a ratificar el Protocolo adicional I sea la norma contenida en el artículo 44(2): “la violación de tales normas [del derecho internacional] no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal”.

62 El artículo 3 común y su equivalente en el derecho consuetudinario imponen a todas las partes en un conflicto armado una obligación absoluta, sin conexión alguna con la reciprocidad. V. el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, vol. II-B, p. 94. Robert Craigie, el representante del Reino Unido, destacó que “cualquier Gobierno civilizado debe sentirse obligado a aplicar los principios del convenio aunque los insurgentes no lo hagan”, *ibíd.* V. también Pictet, nota 59 *supra*, vol. IV (Civilians), CICR, Ginebra, 1958, pp. 36-7.

63 V., en general, Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984, p. 188; Bruno Simma, “Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 20, 1970, pp. 5-81; Mohammed M. Goma, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, Martinus, La Haya, 1996, p. 110.

64 Pictet, nota 59 *supra*, vol. III, p. 15: “No se trata de un compromiso contraído sobre una base de reciprocidad, que obliga a cada parte en el contrato en la medida en que la otra parte observe sus obligaciones. Se trata más bien de una serie de compromisos unilaterales contraídos solemnemente ante el mundo, representado por las otras Partes Contratantes. Cada Estado contrae obligaciones consigo mismo y, al mismo tiempo, con los demás”.

65 V. los arts. 51, 52, 131 y 148, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

66 TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, Decisión sobre la petición de la defensa para presentar un recurso Interlocutorio por la jurisdicción, 2 de octubre de 1995, causa n.º IT-94-1-AR72, Sala de Apelaciones, p. 30 y ss.; *Prosecutor v. Kurpeskic* (causa del Valle de Lasva), Decisión sobre la petición de la defensa para citar testigos, 8 de febrero de 1999, causa n.º IT-95-16-T, TC, 3: “todos están destinados *erga omnes* a salvaguardar los valores humanos fundamentales”. Simma, nota 55 *supra*, pp. 173-4.

Sin duda, mientras los beligerantes tengan intereses paralelos, es decir, mientras el cumplimiento del derecho aplicable ofrezca más o menos las mismas ventajas y desventajas para ambas partes, es probable que, en términos generales, se respeten las disposiciones jurídicas⁶⁷. Ya en el decenio 1930-1940, se afirmaba que la índole mutua y paralela de los intereses dominantes en una guerra librada entre dos potencias marítimas o dos potencias terrestres constituía una sólida base para las leyes de la guerra, mientras que, en un conflicto entre una potencia terrestre y una marítima, la disparidad de intereses y de posiciones era una importante fuente de desestabilización⁶⁸. Evidentemente, en numerosos conflictos contemporáneos, la disparidad de intereses entre los beligerantes es ahora mucho mayor, y ha aumentado la disposición a desviarse de las normas jurídicas aceptadas con el fin de obtener una ventaja inmediata. Como ha señalado correctamente el CICR, “es evidente que si una parte, en violación de normas claramente establecidas, emplea armas u otros métodos de guerra que le consiguen una ventaja militar grande e inmediata, el adversario, en defensa propia, puede verse inducido a responder de inmediato con medidas similares”⁶⁹. Esta afirmación sobre la posibilidad de una reciprocidad negativa la corroboran, por ejemplo, las reservas formuladas por el Reino Unido a los artículos 53 y 51-5 del Protocolo adicional I, en el sentido de que “si los objetos protegidos por este artículo se usan ilícitamente con fines militares, perderán por ello la protección de los ataques dirigidos contra esos usos militares ilícitos”⁷⁰.

Los efectos de la reciprocidad negativa son múltiples; aunque resultan a veces evidentes cuando la violación o el rechazo de una norma son respondidos del mismo modo, a menudo son más sutiles. En conflictos armados internacionales, si una parte adopta la necesidad militar como único lema en los combates, es muy probable que la otra parte la imite. Esta situación no da necesariamente lugar a violaciones directas del DIH. Con respecto a las disposiciones que regulan la conducción efectiva de las hostilidades, especialmente el principio de distinción, es probable que los efectos sean más sutiles, porque numerosas disposiciones derivadas del principio de distinción incluyen cláusulas especiales en las que, *ipso jure*, se prevé la aplicación de la reciprocidad. Por ejemplo, el artículo 19 del IV Convenio de Ginebra establece que la protección debida a los hospitales civiles cesará si éstos se utilizan para cometer actos perjudiciales para el enemigo; el artículo 11(1) de la Convención para la protección de los bienes culturales de La Haya, de 1954, contiene una disposición similar relativa a los bienes culturales y, en un sentido más general, según el artículo 51(3) del IV Convenio de Ginebra,

67 Georg Schwarzenberger, *International Law and Totalitarian Lawlessness*, Londres, 1943, p. 33, e ídem, nota 12 *supra*, p. 15 y ss.

68 Sir Henry Richmond, *Imperial Defence and Capture at Sea in War*, Hutchinson & Co., Londres, 1932, pp. 167 y ss.; H.A. Smith, *Le Développement Moderne des Lois de la Guerre Maritime*, Recueil des Cours, vol. 63, 1938, pp. 18 y ss.

69 “Reafirmación y desarrollo de las leyes y costumbres aplicables en conflictos armados”, informe presentado por el CICR en la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, 1969.

70 Inciso (k) de la reserva formulada por el Reino Unido al art. 53. En el inciso (m), esta reserva se extiende a los arts. 51-55 del Protocolo adicional I. El texto de estas reservas figura en inglés en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument> (última consulta en agosto de 2006).

las personas civiles gozan de protección sólo mientras no participen directamente en las hostilidades⁷¹. Es probable que los reiterados cambios de estatuto, de civil a combatiente y viceversa, así como el uso deliberado para fines militares de instalaciones civiles especialmente protegidas induzcan a los Estados militarmente más fuertes a ampliar sus interpretaciones de esas cláusulas excepcionales, en detrimento de la protección acordada por el principio de distinción. La actual controversia acerca del contenido preciso y del alcance temporal del criterio de “participación directa en las hostilidades” y, sobre todo, el notorio debate de tipo “puerta giratoria” desencadenado por las exigencias de los conflictos recientes, son buenos ejemplos de ello. Del mismo modo, son cada vez más los alicientes para ampliar el concepto de objetivo militar legítimo; y la definición contenida en el artículo 52(2) del Protocolo adicional I, que alude a “aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar”, ofrece considerable libertad a este respecto. Además, en el artículo 50(1) del Protocolo adicional I se dispone que, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Obviamente, al enfrentarse con reiterados cambios de estatuto, de civil a combatiente y viceversa, la parte más fuerte puede sentirse inclinada a desplazar la carga de la prueba a la víctima. En este sentido, es muy revelador que, ya en el momento de ratificar el Protocolo adicional I, Francia y el Reino Unido expusieron su interpretación de que el supuesto formulado en el artículo 50(1) no invalida el deber de todo jefe militar de velar por la seguridad de las tropas o preservar su situación militar, de conformidad con otras disposiciones del Protocolo adicional I⁷².

Cabe destacar que, antes de que se aprobara el Protocolo adicional II, cuando se examinaba la factibilidad general de una mayor reglamentación de los conflictos armados no internacionales, varios autores expresaron su preocupación por la índole asimétrica de esos conflictos. Según ellos, los conflictos armados no internacionales presentan vínculos de reciprocidad muy débiles y, en su opinión, escapan, por lo tanto, en gran medida a las normas⁷³. No obstante, se han señalado no sólo posibles ámbitos de reciprocidad en relación con los soldados prisioneros, heridos y enfermos, sino incluso con tácticas de combate en ese tipo de guerras, a

71 Desde el punto de vista conceptual, esas nociones se aproximan más a las represalias que a la reciprocidad, dado que, a la luz de la frase “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”, contenida en el art. 51 (3) del PA I, tienen límites en el tiempo y deben cesar cuando cesa el uso ilegítimo para fines militares.

72 El texto pertinente de la reserva formulada por Francia reza así: “El Gobierno de la República Francesa considera que no puede interpretarse que la regla establecida en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 50 obliga a los mandos a tomar una decisión que, según las circunstancias y la información de que disponen, podría ser incompatible con su deber de garantizar la seguridad de las tropas bajo su responsabilidad o de preservar su situación militar, de conformidad con las otras disposiciones del protocolo”. Disponible en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/D8041036B40EBC44-C1256A34004897B2?OpenDocument> (última consulta en agosto de 2006).

73 Richard A. Falk (dir.), *The International Law of Civil War*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1971, “Introduction”, p. 7: “Civil war situations exhibit very weak links of reciprocity under many circumstances” (En muchas circunstancias, las situaciones de guerra civil presentan vínculos de reciprocidad muy débiles).

pesar de su estructura asimétrica. En el proyecto inicial presentado por el CICR en la Conferencia de 1949, la aplicación del conjunto del derecho humanitario en un conflicto armado no internacional estaba expresamente sujeta a la condición de reciprocidad⁷⁴. Es más, el propósito del propio Protocolo adicional II es garantizar un nivel mínimo de reciprocidad. Para ello, se ha estipulado en él, como condición para su aplicación, que la parte rebelde debe ser capaz de aplicar sus disposiciones⁷⁵.

Ahora bien, la eficacia de este régimen jurídico se basa primordialmente en la fuerte motivación tradicional de las partes no estatales para observar, al menos formalmente, las normas del DIH, a fin de adquirir legitimidad y ser “respetables”⁷⁶. Cuando faltan la motivación y los alicientes para acatar la ley, vuelven a cobrar validez las preocupaciones antes mencionadas sobre la incompatibilidad de la asimetría y la reciprocidad en los conflictos armados no internacionales.

Conclusión

En conclusión, en muchos conflictos contemporáneos se observa el incuestionable predominio de asimetrías fácticas y jurídicas. Desde el punto de vista histórico, esas tendencias no son nuevas y sus efectos secundarios se conocen desde hace tiempo. Los desequilibrios militares en un conflicto determinado siempre han alentado al beligerante más débil a buscar ventajas a corto plazo eludiendo las normas jurídicas aceptadas para la conducción de hostilidades.

Esos casos de incumplimiento han sido un problema relativamente marginal en los conflictos armados internacionales, en los cuales los alicientes en favor del cumplimiento de las normas han predominado, en general, sobre los impulsos contrarios y han circunscrito normalmente las desviaciones a sucesos breves y esporádicos. Sin embargo, los análisis han demostrado que, a medida que crece la disparidad entre los beligerantes, la eficacia de los principios fundamentales del DIH se va socavando y crece la tendencia a eludir los efectos de la reciprocidad que inducen al cumplimiento.

En los conflictos armados internacionales, la brecha tecnológica se agranda sin cesar, lo que se evidencia, por ejemplo, en el hecho de que el presupuesto total de defensa de Estados Unidos, que en 2006 ascendió a 500.000 millones de dólares

74 Jean Siotis, *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non-internationaux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1958, pp. 190-3, 203-4.

75 Además, en los arts. 1(4) y 2 del Reglamento de La Haya de 1907, así como en los arts. 13(2)-(6), 13(2)-(6) y 4A2-6 de los Convenios de Ginebra I, II y III de 1949, respectivamente, se estipula, como condición para la aplicabilidad del derecho de la guerra a las milicias, los movimientos de resistencia y la población que tome las armas, que estos grupos deben conducir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. V. Henri Meyrowitz, “La guérilla et le droit de la guerre: problèmes principaux”, en *Droit humanitaire et conflits armés*, Pédone, p. 185, p. 197.

76 Las principales partes no gubernamentales en guerras internas, como el ANC en Sudáfrica, el PKK en Turquía, UNITA en Angola o los maoístas en Nepal, asumieron el compromiso unilateral de respetar el derecho internacional humanitario, y las partes en las guerras en ex Yugoslavia hicieron lo propio en acuerdos multilaterales. V. Pfanner, nota 2 *supra*, p. 160.

EE.UU., supere con mucho al de los restantes países del mundo⁷⁷. Esto pone claramente de manifiesto la posibilidad de que esa enorme disparidad comprometa cada vez más fuertemente los alicientes que alientan a los beligerantes más débiles a cumplir el DIH. En cambio, cabe imaginar que, en ese tipo de guerras, los estímulos que inducen al cumplimiento, dimanantes del *ius ad bellum* y acentuados por el deseo de gozar de crédito y legitimidad a los ojos de la opinión pública mundial, sigan muy probablemente prevaleciendo para la parte más fuerte. Esto es así sobre todo porque, mientras pueda hacer valer su superioridad militar, la parte más fuerte percibe como tolerables, desde el punto de vista militar, las tácticas péfidas usadas por el adversario débil, lo que reduce la posibilidad de que inicie un círculo vicioso de reciprocidad negativa. Por lo tanto, es probable que esos alicientes sean eficaces independientemente de que la parte débil viole o no las normas jurídicas aceptadas, al menos mientras ese comportamiento infractor no altere realmente el equilibrio estratégico general en favor del adversario débil. No obstante, habida cuenta de la diferencia de poder, que aumenta constantemente, se insta a los observadores objetivos, sobre todo al CICR, a que procuren detectar los primeros indicios de cambios generales en la interpretación del ámbito de protección de las normas relativas a la conducción de las hostilidades.

Las modalidades de cumplimiento resultan mucho más inestables si las asimetrías fácticas mencionadas se suman a asimetrías jurídicas y a profundas divergencias de intereses entre las partes implicadas. Como ya se ha dicho, los conflictos armados no internacionales evidencian vínculos de reciprocidad mucho más débiles que los conflictos armados internacionales. Consecuentemente, desde que la aplicación del DIH se extendió a esa clase de conflictos armados, la cuestión de reforzar el cumplimiento de las normas del DIH ha seguido siendo siempre actual y problemática. Si bien la delimitación territorial de los conflictos armados no internacionales ha dejado margen para que ejerzan su efecto algunos incentivos que inducen al cumplimiento del DIH⁷⁸, la intangibilidad de los conflictos transfronterizos entre Estados y entidades no estatales hace que esos alicientes sean en gran medida inoperantes.

77 Price Waterhouse Cooper, en el reciente estudio titulado *The Defence Industry in the 21st Century* (La industria de la defensa en el siglo XXI) (p. 9), estima que, en 2006, el gasto militar estadounidense será igual a la totalidad del gasto militar del resto del mundo. El Presidente George W. Bush envió su presupuesto fiscal para 2006 al Congreso el 7 de febrero de 2005, solicitando 419.300 millones de dólares EE.UU., cifra que representa un aumento del 5% con respecto al año anterior. Si añadimos a esta cantidad un gasto adicional de 80.000 millones de dólares previsto en un proyecto de ley, el total del gasto militar alcanza la ingente suma de 500.000 millones de dólares EE.UU.. *Ibid.*, p. 36, en [http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishations.nsf/4bd5f76b48e282738525662b00739e22/d0916ea815450f4185256fef0059437d/\\$FILE/The%20Defence%20Industry_13.pdf#search%22The%20Defence%20Industry%20in%20the%2021st%20Century%20Price%22](http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishations.nsf/4bd5f76b48e282738525662b00739e22/d0916ea815450f4185256fef0059437d/$FILE/The%20Defence%20Industry_13.pdf#search%22The%20Defence%20Industry%20in%20the%2021st%20Century%20Price%22) (última consulta en agosto de 2006).

78 V. el informe del CICR “Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario”, Seminario de Expertos, octubre de 2003, en www.cicr.org.

Es verdad que el análisis que antecede es parcialmente axiomático, en el sentido de que los conflictos asimétricos transnacionales no constituyen forzosamente un conflicto armado en el sentido del DIH. Sin embargo, revela algunos aspectos que advierten contra la extensión prematura y excesiva del ámbito de aplicación del DIH para amparar situaciones asimétricas como si fueran modalidades subordinadas del ámbito de aplicación de la ley, dado que éstas carecen del mínimo grado de simetría necesario para que resulten aplicables los principios fundamentales del DIH. La historia de las leyes que regulan los conflictos armados no internacionales más allá de las disposiciones contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra demuestra que los Estados procuraron deliberadamente establecer un grado de simetría mínimo entre los adversarios, a fin de garantizar un nivel de reciprocidad que, a su vez, asegurase la capacidad de funcionamiento del régimen jurídico.

Ni el mero hecho de que el uso de medios militares está inequívocamente comprendido en las estrategias vigentes para afrontar las amenazas a la seguridad que plantean las entidades no estatales, ni la discutible percepción de que el derecho de los derechos humanos no sea tal vez el adecuado para abordar semejante nivel de violencia, determinan automáticamente que el DIH sea aplicable. Sin un mínimo de interconexiones recíprocas entre los beligerantes u otros incentivos que induzcan al cumplimiento del DIH, es muy probable que se desarrolle una tendencia hacia la reciprocidad negativa. El concepto de la necesidad militar en que se basa, en gran medida, el ámbito protector de las normas que regulan la conducción de las hostilidades, podría utilizarse en forma indebida para generar esa tendencia, ya que el principio de necesidad militar no se concilia fácilmente con estructuras claramente asimétricas, que escapan a la comprensión puramente militar y a la idea tradicional de la victoria en la guerra. Cuando uno se enfrenta con un enemigo inescrutable o imbatible desde el punto de vista militar, podría justificarse la necesidad de recurrir a cualquier medio y, si no existen fuertes incentivos en sentido contrario, hay una fuerte inclinación a hacerlo. Sin duda alguna, es imprescindible regular los usos de la fuerza coercitiva y de la violencia *a fortiori*. Sin embargo, si el concepto de necesidad militar se aplicase al uso de la fuerza militar en situaciones asimétricas como si éstas fueran modalidades del ámbito de aplicación de la ley, y sin relación de reciprocidad alguna, podría generarse un margen de discrecionalidad difícilmente controlable y que socavaría el objetivo inicial de reglamentar el uso de la violencia en tales casos.

